



ת"פ 12935/02/17 - מדינת ישראל נגד איתמר שמעוני, עופר שמעוני, יואל דויד, משה פונטה, שרון מילר

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"פ 12935-02-17 ישראל נ' שמעוני ואח'

לפני כבוד השופטת לימור מרגולין-יחידי
מאשימה מדינת ישראל
נגד ע"י ב"כ עו"ד גבאי וצבירן - לצטר
נאשמים 1. איתמר שמעוני
ע"י ב"כ עו"ד רובינשטיין ורפפורט
2. עופר שמעוני
ע"י ב"כ עו"ד אוחיון
3. יואל דויד
ע"י ב"כ עו"ד נגב, פוגל- סלוצניק ושטיינברג
4. משה פונטה
ע"י ב"כ עו"ד ג'ורג'י
5. שרון מילר
ע"י ב"כ עו"ד חימי

החלטה

ביקורת שיפוטית על החלטה לבצע חקירה בעיצומה של פרשת התביעה

עתירת ההגנה ותגובת המאשימה

1. מונחת לפני עתירת ההגנה שביהמ"ש יעשה שימוש בסמכותו מכוח דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים ויורה כי החלטת המאשימה לבצע השלמת חקירה אינה עומדת באמות המידה המנהליות וימנע את ביצועה.

השלמת החקירה מושא החלטה זו נוגעת לחומרי מדיה דיגיטלית, שמקורם בטלפונים הניידים של הנאשמים ושל מנכ"ל עיריית אשקלון, שאינו עד בתיק, בתיבות דואר אלקטרוני של עובדי עיריית אשקלון ושל נאשמים 1 ו- 3 ובמחשבים של נאשם 3 (להלן: "חומרי המדיה").

בתמצית, טוענת ב"כ נאשם 3 כי ההחלטה המנהלית של המאשימה פוגעת פגיעה קשה בזכות הנאשמים להליך הוגן, עומדת בניגוד לעקרונות המנהליים של הגינות ומידתיות, סוטה מהנחיות מנהליות וכפופה לביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית, כשהסעד המתאים בנסיבות העניין הוא ביטול ההחלטה. ב"כ נאשם 1 ביקש אף הוא שביהמ"ש לא יאפשר



למאשימה לבצע השלמת חקירה ומיקד את עיקר טענותיו באי עמידת המאשימה בהנחיותיה היא.

המאשימה מתנגדת לבקשה. לשיטתה, ביהמ"ש אינו מוסמך לבצע ביקורת שיפוטית מכוח דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים, בכלל, ומקום שקיימים סעדים קונקרטיים מתאימים במסגרת ההליך הפלילי עצמו, בפרט. בנוסף, לגוף העניין, טוענת המאשימה כי לא נפל פגם בהתנהלותה, לא מבחינה פורמלית ולא מבחינה מהותית, מבהירה שיש לה פררוגטיבה לקבל את ההחלטה על השלמת חקירה ללא צורך באישור ביהמ"ש, ומדגישה שהתערבות ביהמ"ש בהחלטה היא חריגה ואין לה מקום.

בטרם אפנה להכרעה בטענות הצדדים, אעמוד בקצרה על השתלשלות ההליכים הרלוונטית לעתירה שלפניי.

הטיפול בחומרי המדיה בתיק על ידי רשויות החקירה והתביעה

2. החקירה הגלויה בתיק החלה בחודש ינואר 2016. בחודש פברואר 2017 הוגש כתב אישום. בתחילת חודש ספטמבר 2017 ניתנו מענים מפורטים לכתב האישום מטעם הנאשמים. ביום 26.9.17 החלו להשמע ראיות, ועד להליכים מושא הבקשה הנוכחית נשמעו 15 דיוני הוכחות, 12 מתוכם לפני ההליכים הנוכחיים.

במהלך תקופת החקירה, בעיקר בשלבים הראשונים של החקירה וגם בחודשים הסמוכים לאחר מכן, בוצעו על ידי גורמי החקירה פעולות הפקה של תוצרים מתוך חומרי המדיה, כמפורט בנספח א' לעתירת ב"כ נאשם 3, המרכז מזכרים, שהועמדו לבקשתי, לעיוני (להלן: "תוצרי מדיה"). מהנתונים שהועמדו לעיוני עולה כי מדובר בפעילות מיצוי תוצרים שאינה נקודתית או מצומצמת לנושא תחום, פעילות שהתבצעה על פני תקופה בחלק לא מבוטל מחומרי המדיה.

במהלך תקופת החקירה הוצגו תוצרי מדיה לנחקרים שונים, לרבות הנאשמים (ע' 1205-1204).

3. לאחר הגשת כתב האישום נמסרה להגנה רשימת כלל החומר שנאסף בתיק החקירה, ובגדרה צוינו חומרי המדיה וכן הועמדו לעיון ההגנה כל תוצרי המדיה.

לאחר הגשת כתב האישום יזמה המאשימה פניות אחדות אל ההגנה, במסגרתן הציעה להגנה להעביר אליה מילות חיפוש בחומרי המדיה, אם ההגנה אינה מסתפקת במיצוי הראיות על ידי היחידה החוקרת שהניב את תוצרי המדיה (נספח ב לבקשת ב"כ נאשם 3). הפניה לא נענתה על ידי מרבית הסגורים. ב"כ נאשם 3 ביקשה לעיין בחומרי מדיה של עדים, התבקשה להעביר והעבירה מילות חיפוש, כשצוין בפני ב"כ נאשם 3 שהמאשימה עתידה להוסיף מילות חיפוש מטעמה. לשיטת המאשימה, ב"כ נאשם 3 נתנה את הסכמתה לכך, ואילו ב"כ נאשם 3 טוענת שהביעה תמיהה ולא הסכימה לכך. בנוסף, העמידה המאשימה לעיון כל אחד מהנאשמים, לבקשתם, את חומרי המדיה האישיים שלו, בהתאם לגישה המקובלת כי יש לנאשם זכות קניינית בחומרי המדיה שלו.

המאשימה ניסתה במקביל לניהול ההליך ולשמיעת הראיות לגבש עם ההגנה הסכמות הנוגעות לחומרי המדיה, אך זולת



ההסכמות הנקודתיות שצוינו, ניסיונות אלה לא צלחו. אקדים ואבהיר כי אין בניסיונות הידברות שלא הביאו להסכמות או בהסכמות נקודתיות או החלטות נקודתיות במהלך שמיעת עד זה או אחר, כדי להשפיע על הגדרת מעמדם של חומרי המדיה או כדי לחסום צד מהעלאת טענות משפטיות.

במהלך פרשת התביעה בחודש דצמבר 2017 בוצעו על ידי גורמי החקירה בהנחיית המאשימה פעולות חיפוש בחומרי המדיה. בעקבות פעולות החיפוש הופקו תוצרי מדיה חדשים הנוגעים למספר עדים, שהועברו להגנה לקראת עדותם. כך נהגה המאשימה עד שההגנה התרעמה והנושא הובא על ידי המאשימה לפתחו של ביהמ"ש.

הפנייה לביהמ"ש בקשר לחומרי המדיה

4. לראשונה הובא לידיעת ביהמ"ש נושא חומרי המדיה והשימוש הנרחב שהמאשימה עושה או מבקשת לעשות בו, ביום 5.2.18 אגב דיון לפי סעיף 144 לחסד"פ (ע' 1054). יצוין כי קודם לכן כבר הובעה תרעומת בעת עדות של העד דרור אלמלם על חומרים שהעבירה המאשימה להגנה ומקורם בחומרי המדיה, אלא שאז לא נפרשה היריעה ולא הועלו טענות עקרוניות.

באותו דיון, שרובו התנהל לבקשת הצדדים באופן לא פורמלי ולא תועד בפרוטוקול, הביעה המאשימה את עמדתה כי חומרי המדיה הם חומרי חקירה וכי היא אינה מוגבלת מביצוע פעולות חיפוש בהם (ע' 1055). לאור הערות שונות שעלו במסגרת הדיון הסכימו הצדדים לקיים פיילוט של מתווה שהוצע כדי לבחון אם ניתן לגבש הסכמות ולייתר הכרעות עקרוניות שצפויות היו להביא לעיכוב בהמשך ניהול ההליך (ע' 1056).

לאחר מכן, בדיון ביום 12.2.18 נמסר לביהמ"ש כי הצדדים לא הצליחו לגבש הסכמות ונדרשת הכרעה של ביהמ"ש. המאשימה חזרה על העמדה שהביעה בדיון הקודם וביקשה לפרוש את עמדתה וטיעוניה בכתב (ע' 1197, 1200).

ביום 15.2.18, חלף הגשת טיעון כתוב, הודיעה המאשימה על החלטתה לבצע השלמת חקירה.

בעקבות ההודעה ביקשה ההגנה לקיים דיון, וביום 21.2.18 נטענו טענות על ידי הסנגורים (ע' 1307-1312). נוכח אופי הטענות ביקשתי מהמאשימה להגיב בכתב ותגובתה הוגשה ביום 27.2.18.

ביום 14.3.18 הגישה ב"כ נאשם 3 את הבקשה מושא ההחלטה הנוכחית.

המאשימה ביקשה אורכה לא קצרה לגיבוש תגובתה, והגיבה לבקשה באופן חלקי ביום 12.4.18, ומסרה השלמה לתגובה ביום 29.4.18.

ב"כ הנאשם השיבה לתגובה ביום 18.4.18 ולתגובה המשלימה ביום 7.5.18.



זה המקום להעיר כי לבקשת המאשימה הופסקה שמיעת הראיות בתיק עד להכרעה בנושא, זולת העדתם של עדים ספורים בלבד שהצדדים כולם הסכימו שאין להם כל נגיעה ישירה או עקיפה לנושא.

5. להשלמת התמונה אציין כי המאשימה בחרה לא להמתין להכרעה שיפוטית ולקדם את פעולות השלמת החקירה, מתוך השקפתה שמדובר בנושא המצוי בפררוגטיבה שלה, אשר ביהמ"ש אינו מוסמך להתערב בו. עם זאת, המאשימה ביצעה ומבצעת את פעולת השלמת החקירה מתוך ידיעה שעמדת ב"כ נאשמים 1 ו- 3 שונה, הם עותרים שביהמ"ש יתערב בהחלטה על השלמת החקירה, וקיימת אפשרות שביהמ"ש יקבל את עמדתם. מתוך אותה הבנה ממש ציינה ב"כ המאשימה בסיום דיון תזכורת מיום 30.4.18, שהיא לא תעביר להגנה חומרים חלקיים שכבר עברו מיצוי, וזאת עד להחלטת ביהמ"ש בעתירה, שכן היא אינה מוכנה שהחומרים יהיו ברשות ההגנה במקרה שביהמ"ש יחליט להתערב בהחלטה על השלמת החקירה.

לאחר סקירת השתלשלות המהלכים הקשורים לחומרי המדיה, הגיעה העת להכרעה המשפטית כשהשאלה הראשונה היא שאלת סמכותו של ביהמ"ש להדרש לעתירה ולהתערב בהחלטה המנהלית.

סמכות בית המשפט לדון בעתירה

6. לטענת המאשימה, כפי שהוצגה בתגובתה מיום 27.2.18, היות שההחלטה על ביצוע השלמת חקירה היא פררוגטיבה בלעדית של המאשימה, אזי בית המשפט אינו מוסמך ליתן כל סעד בנושא זה. בתשובת המאשימה מיום 12.4.18, לאחר שנטענו הטענות המנהליות על ידי ב"כ נאשם 3, חזרה המאשימה על טענת חוסר הסמכות באופן מרוכך יותר, בצינה כי דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים מעולם לא הוכרה בביהמ"ש העליון ובוודאי שלא התקבלה, כשלשיטתה קיימים כלים פליליים מקובלים המתאימים לדיון בטענות ההגנה ואין מקום לאפשר הוספת מעטפת מנהלית.

ההגנה בטיעוניה אינה רואה כל קושי במישור הסמכות בהתאם להלכת ניר עם ולפסיקה שבאה בעקבותיה.

7. להשקפתי, לביהמ"ש קיימת סמכות לדון בטענות המנהליות שהעלתה ההגנה באופן כללי ובנסיבות המקרה הקונקרטי.

אפתח בהיבט של סמכותו הכללית של ביהמ"ש לבקר החלטות מנהליות במסגרת ההליך הפלילי.

כידוע, החלטות שמקבלות רשויות האכיפה במהלך ניהולו של תיק פלילי בכל שלביו הן החלטות של רשות מנהלית, אשר חלים עליהן גם הכללים המנהליים (בג"צ 3406/91 **בבלי נ' היועמ"ש**). ככאלה, היו החלטות המנהליות כפופות לפיקוח שיפוטי של בג"צ, ובמשך שנים הייתה מסורה סמכות הביקורת לביהמ"ש העליון בשבתו כבג"צ ולו בלבד.

ואולם, בעיקר בשני העשורים האחרונים, כחלק מתפישה כללית של העברת סמכויות מבג"צ, והכרה ביתרונות שיש



בבירור סוגיות מנהליות מסוימות בערכאות אחרות, בין בבתי המשפט המנהליים, ובין בערכאות בפניהן מתנהל ההליך העיקרי, לרבות הליך פלילי, בין במישרין ובין בדרך של תקיפה עקיפה, חלה תנועה של העברת סמכויות מבג"צ לערכאות אחרות.

וכך, בעוד שקודם להלכת ניר עם הערכאות המבררות לא היו מוסמכות לדון בטענות של ביקורת מנהלית במסגרת ההליך הפלילי, בא בג"צ בהלכת ניר עם, ובבוחנו את השאלה:

"איזו היא הערכאה המוסמכת לבחון את חוקיות ההליך..."

קבע כי:

"דרך המלך להעלאת טענות כנגד הפגמים שנפלו בהגשת כתב אישום (כולל בשלב החקירה) הינה במסגרת ההליך הפלילי גופו".

לאור מסקנה זו נדחתה העתירה על הסף מחמת קיומו של סעד חלופי (בג"צ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאים בע"מ נ' מדינת ישראל (לעיל ולהלן: "הלכת ניר עם")).

להשלמת התמונה אציין שבעוד שהלכת ניר עם עסקה בטענה מנהלית נגד חוקיות ההליך עובר להגשת כתב האישום, הרי שפסיקה מאוחרת, הבהירה כי, ככלל, בהעדר טעמים מיוחדים המחייבים מסקנה אחרת, כלל הסוגיות המנהליות הנוגעות להליך הפלילי בשלביו השונים, ראוי שיתבררו במסגרת ההליך הפלילי עצמו, כחלק אינהרנטי מההליך הפלילי, ובלשון ביהמ"ש:

"כידוע, אגב ניהולו של הליך פלילי מקבלות רשויות התביעה החלטות מינהליות שוטפות המתבררות ככלל לפני בית המשפט שכן בהליך הפלילי במסגרת ההליך הפלילי" (בג"צ 8692/15 הירשמן נ' ביהמ"ש המחוזי, וכן: בג"צ 6136/06 פרי נ' היועמ"ש, בג"צ 5429/12 פלוני נ' היועמ"ש, בג"צ 6165/14 פלוני נ' פרקליט המדינה, בג"צ 2303/15 חנקשייב נ' פרקליט המדינה (להלן: "עניין חנקשייב")).

8. ואם יטען הטוען שבהליך הפלילי גופו מוגבל הטיעון, היינו הסעד החלופי, רק לטענות שהוכרו בהליכים הפליליים, כגון הגנה מן הצדק או טענות לפסילת ראיות, ובהתאמה לא מוסמך בית המשפט להדרש לטענות מנהליות אחרות, הרי שטענה ממין זה היא בעייתית בכל המישורים.

במישור הקונספטואלי יש קושי בדחייה על הסף של עתירה מחמת קיומו של סעד חלופי בהליך הפלילי, ומנגד בהגבלת העותרים בגדרי ההליך הפלילי מלטעון טענות מנהליות שאינן מוכרות ב"ארגז הכלים" הפלילי, ובהגבלת סמכותו של בית המשפט בהתאמה. ניתן בזירות המתחייבת להניח כי בג"צ לא התכוון לפגוע בזכויות נאשמים ולצמצמן במסגרת הלכת ניר עם ובהחלטות שבאו לאחריה.



בנוסף, יש לזכור שהמסלולים של הגנה מן הצדק ופסילת ראיות והמסלול של ביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית, הגם שבמקרים רבים הם דומים ונטענים במקשה אחת, עשויים במקרים אחרים להיות שונים באופן מהותי מבחינת סוג הטענה, העיתוי והסעד המבוקש, עד כי אין בקיומם של שני המסלולים הראשונים כדי למצות את כלל הטענות, העילות והסעדים.

יתרה מכך, בחינת הפסיקה מעלה כי הסעד החלופי לא הוגבל לטענות הפליליות, כשעוד בהלכת ניר עם נקבע:

"בין אם מדובר בהגנה מן הצדק ובין אם מדובר בטענות שמחוצה לה, ניתן להעלותם בפני הערכאה הדיונית. ...בית משפט פלילי, רשאי ומוסמך לדון לא רק בטענות המכוונות ישירות כנגד האישום הפלילי, אלא אף בהשגות על התנהלותן של רשויות המינהל טרם הגשתו של כתב האישום".

דעה דומה הביע ביהמ"ש בע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרץ**, כשהנשיא גרוניס חזר על העמדה שהביע בהלכת ניר עם והשופט פוגלמן ציין כי הלכת ניר עם קבעה אפיק נוסף של ביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית במסגרת ההליך הפלילי. שני השופטים נדרשו לסוגיה אגב אורחא.

בחלוף השנים דומה ששאלת סמכותו של בית המשפט בהליך הפלילי לבקר החלטות מנהליות של הרשות, לא רק במסגרת העילות הפליליות, אינה מעוררת עוד התלבטות, והלכה למעשה נדחות על הסף עתירות של נאשמים, תוך הפנייתם לטעון את טענותיהם בהליך הפלילי, גם במקרים בהם הטענה היא מנהלית ומובחנת מטענות של הגנה מן הצדק או קבילות ראיות.

כך, בעניין חנקשייב, בו נטענה טענה של ניגוד עניינים מצד הפרקליטות המטפלת בתיק, נאמר תוך הפנייה להלכת ניר עם:

"במסגרת ההליך הפלילי, באפשרותה של הערכאה הדיונית להידרש לחוקיות פעולותיהם של גורמי התביעה; ומלבד טענות המכוונות ישירות נגד האישום הפלילי, מוסמכת היא לדון אף בטענות המכוונות נגד התנהלותן של רשויות האכיפה".

כך, לאחרונה בבג"צ 936/18 **אבוטובול נ' ביהמ"ש המחוזי מרכז**, בעתירה שהופנתה נגד החלטת איחוד משפטים ותיקון כתב אישום, שבאה לאחר השלמת חקירה המאוחרת להגשת אחד מכתבי האישום, נדחתה העתירה על הסף תוך שצוין כי הערכאה המבררת טרם הכריעה ב"**השגות העותר לגבי התנהלות המדינה בנושא זה**" וזאת בנפרד מטענותיו כנגד קבילות הראיות.

9. מבחינה פרקטית, בהליך שלפני מבחינה ההגנה באופן מובהק בין הטענות השונות, היא שמרה לעצמה את הזכות להעלות במידת הצורך בשלבים מאוחרים יותר טענות נוספות ממשפחת ההגנה מן הצדק או טענות לפסילת ראיות, ועתירתה בעת הזו, היא במישור המנהלי בלבד, כשהיא מבקשת למנוע את המעשה המנהלי במסגרת החלטה שיפוטית ולא לאפשרו, ללא קשר לראיות שיאספו במסגרתו. ודוק, העתירה נסובה על מעשה



שאינו מוגמר שנבחן בזמן ביצועו, ולא בדיעבד, שניתן לעוצרו במידת הצורך, ולא להגיע לשלב של בחינת התוצרים, כשכל השיקולים הדיוניים והמהותיים אינם מונעים את בירורה של הטענה באופן מובחן ועצמאי.

בהקשר האחרון, ולהשלמת התמונה בלבד, הגם שההערה אינה קשורה לסוגית הסמכות, אעיר שטענת ההגנה בהליך שלפניי אינה מחייבת בירור ראייתי, כשלא נטען על ידי המאשימה שיש נתונים ראייתיים שיש להציגם בפני ביהמ"ש ולא ניתן לעשות כן, או שקיימת סיבה אחרת המצדיקה שלא ליתן בעת הזו החלטה בעתירה. חזקה על המאשימה שאילו הייתה סבורה שמבחינת התשתית הראייתית לא ניתן לקבל החלטה כעת, כפי שהיא טוענת במקרים רבים ביחס לטענות הגנה מן הצדק המחייבות בירור ראייתי, הייתה מבטאת עמדה זו בבירור, ולא מסתפקת בטענה שצריך לבחון את הנזק רק לאחר שיתקבלו תוצרי השלמת החקירה ויוברר מה הם כוללים.

לאור מכלול הטעמים אני סבורה כי אין מקום לטענה שטיעוני ההגנה מוגבלים לטענות הפליליות המוכרות ואין מקום למסקנה שביהמ"ש בערכאה המבררת אינו מוסמך לברר טענות מנהליות.

10. ודוק, אף אם הייתי מקבלת את גישת המאשימה בכל הנוגע להגבלת הטיעון, ובהתאמה להגבלת סמכות ביהמ"ש לדון ולבקר רק טענות שהן מתחום ההליך הפלילי, הייתי מגיעה למסקנה שאין מניעה להגיש את העתירה שלפניי ואין מגבלה מבחינת סמכות ביהמ"ש לדון בעתירה וליתן סעד. זאת, לאור הזיקה שבין הטענות המנהליות לבין טענות לפגיעה בהליך ההוגן, והעובדה שהאחרונות הוכרו זה מכבר כחלק מהטענות שביהמ"ש מוסמך לבררן במסגרת ההליך הפלילי.

כידוע, הזכות להליך הוגן בכלל ובמשפט הפלילי בפרט הוכרה כזכות בת של הזכות החוקתית לכבוד (א. ברק "כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה" (2014) בע' 873, 875, 876, 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל פסקה 17, ע"פ 1262/08 ענתאוי נ' מדינת ישראל, ע"פ 7915/15 גדבאן נ' מדינת ישראל (להלן: "עניין פלוני", "עניין ענתאוי" ו"עניין גדבאן" בהתאמה)).

הזכות להליך הוגן נועדה להבטיח את תקינותו של ההליך הפלילי, ולקדם את האינטרס הציבורי לעשיית צדק תוך הגנה על האינטרס של הנאשמים לקיום הליך הוגן שיש בו שמירה על זכויותיהם ואין בו עיוות דין. יוער כי הזכות להליך הוגן היא שעמדה בבסיס עיצובה של הלכת הפסילה הפסיקתית (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התצ"ר פסקה 61 (להלן: "הלכת יששכרוב")) והיא שעמדה בבסיס ההחלטה לבטל הוראת שעה לפיה ניתן לקיים דיונים בהארכת מעצרו של חשוד בעבירת ביטחון שלא בנוכחותו, בשל הפגיעה הבלתי מידתית בחשוד (עניין פלוני). וכדברי ביהמ"ש באחת הפרשות:

"העולה מכך, הוא כי הזכות להליך הוגן כמוה כמעשה תצריך. היא אינה מתמצית בהסדר דיוני מסוים או בזכות ספציפית, אלא מבססת עצמה על אגד של אמצעים, הסדרים פרוצדוראליים וזכויות מהותיות המתקיימים בצוותא, זה לצד זה, ושנועדו "לאזן את יחסי-הכוח הבלתי-שוויוניים שבין הנאשם לבין התביעה, הנהנית ברגיל ממעמד דיוני עדיף ומיתרונות נוספים, וכן להבטיח כי לנאשם תינתן הזדמנות מלאה להציג גרסת חפות ולפעול להוכחתה" (בג"צ 11339/05 מדינת ישראל נ' ביהמ"ש מחוזי ב"ש פסקה 24).



ביהמ"ש, אם כן, מוסמך תמיד להדרש במסגרת ההליך הפלילי לטענה לפגיעה בהליך ההגנה, כשאין בקיומם של מסלולי התערבות נוספים, כגון טענת הגנה מן הצדק וטענות לפסילת ראיות, כדי ליצור הסדר שלילי ולשלול מביהמ"ש את סמכותו, אלא לכל היותר להשפיע על שיקול הדעת אם מוצדק להפעיל את הסמכות במקרה מסוים (הלכת יששכרוב פסקה 52). מקום בו ביהמ"ש נוכח שהפגיעה בזכות ההליך פלילי הוגן, מבחינת אופייה ועוצמתה, היא מהותית, עד כי היא עולה כדי פגיעה חוקתית, מוסמך ביהמ"ש להתערב ולהעניק סעד בגדרי ההליך הפלילי, כשקשת הסעדים מגוונת ויש להתאימה לנסיבות המקרה (עניין ענתאויפסקה 10, עניין גבאןפסקה 12).

11. למעלה מן הצורך אדרש גם לטענתה הראשונית של המאשימה, לפיה ביהמ"ש אינו מוסמך לבקר את ההחלטה על השלמת חקירה משום שמדובר בפררוגטיבה של המאשימה. נדמה שאף המאשימה, משנוכחה כי נטענות טענות מכוח דוקטרינת הביקורת המנהלית, לא טענה עוד לחוסר סמכות בהקשר זה, אלא הדגישה את היקף ההתערבות המצומצם. כך או כך, על מנת שלא להותיר טענות של סמכות ללא התייחסות אליהן, אבהיר כי מבלי למעט מעצם העובדה שבהתאם להנחיה העדכנית של פרקליט המדינה לא מתחייבת נטילת רשות מביהמ"ש במהלך השלמת חקירה, הרי שעסקינן בפררוגטיבה שהוענקה למאשימה מכוח הנחיות פנימיות ולא מכוחה של הוראת דין מסמיכה וגם לכך השלכה ברורה בנושא הסמכות, כשלעניין שיקול הדעת בהתערבות בהחלטה, נושא החורג מפרק זה, אתייחס בהמשך.

נוכח המסקנות דלעיל מתייחר הצורך לבחון את סמכותו הטבועה של ביהמ"ש, ורק אפנה בהקשר זה להלכה הפסוקה בדבר סמכותו הטבועה של ביהמ"ש להתערב בכל עניין של צדק המחייב את התערבותו (בש"פ 1781/00 **שוורץ נ' מדינת ישראל**, בש"פ 1956/12 **מדינת ישראל נ' אלגמיל**, בש"פ 1659/11 **שטנגר נ' מדינת ישראל**) וכן להוראות סעיף 3 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב - 1982 (להלן: "החסד"פ").

שאלת הסמכות - סיכום ביניים

12. כעולה מן המקובץ, בחינת טענות מנהליות הנוגעות לקבלת החלטה לבצע חקירה לאחר הגשת כתב אישום, החלטה בגדרי ההליך הפלילי שיש לה היבטים מנהליים מובהקים, מצויה בסמכות ביהמ"ש הדין בהליך, ואין בנסיבות העניין כל מגבלה בדין מהעלאת הטענה על ידי ההגנה בעיתוי הנוכחי ומבירורה על ידי ביהמ"ש.

עקרונות בהפעלת שיקול הדעת על ידי ביהמ"ש

13. טענות ההגנה הן לפגיעה קשה בזכות הנאשמים להליך הוגן, במנותק מסוגיות של פגיעה קונקרטית הנובעת מהגשת ראיות מפלילות נוספות. הטענות מתבססות על שתי עילות עיקריות: האחת, סטייה בלתי מוצדקת מהנחיות מנהליות, והשניה, חוסר מידתיות בביצוע חקירה מחדש.

העקרונות הכלליים בביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות של הרשות משותפים לשתי העילות ואפתח בהם. לאחר מכן, אדרש להיבטים הקונקרטיים של כל עילה הן ברמה המשפטית-ראייתית והן מבחינת יישום ההלכות על העובדות.



ביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית - כללי

14. כללי הביקורת השיפוטית על החלטה מנהלית של הרשות, המוכרים מהליכים מנהליים, חלים על בחינת החלטה מנהלית על ידי ביהמ"ש גם במסגרת הליך פלילי. בהתאם לכללי הביקורת השיפוטית המקובלים, ביהמ"ש לא שם את עצמו בנעלי הרשות, הוא לא בודק את תבונת ההחלטה ואם מדובר להשקפתו בהחלטה הטובה ביותר או בהחלטה שהיה נכון לקבל, אלא בוחן אם ההחלטה התקבלה כדין או שמא הופרו עילות מנהליות ואם נדרשת התערבות משפטית (י. זמיר "הסמכות המנהלית" כרך א'- המנהל הציבורי (מהדורה שניה מורחבת 2010) בע' (138).

באופן ספציפי, בהתייחס להיקף שיקול הדעת של רשות התביעה, נקבע כי לרשות התביעה יש שיקול דעת נרחב בכל הנוגע להחלטות הנוגעות להפעלת סמכויותיה. בהתאמה, היקף ההתערבות השיפוטית הוא ככלל מצומצם. ביהמ"ש גוזר על עצמו איפוק, בעיקר בנוגע להחלטות שהן בליבת תפקידה של רשות התביעה, לדוגמה החלטות שעניינן אופן הטיפול בתיק חקירה - הגשת כתב אישום, סגירת תיק, הסכמה על הסדר מותנה או על הסדר טיעון וכיוצ"ב, ובמידה מסוימת פחותה ביחס להחלטות אופרטיביות של הרשות במהלך ניהול ההליך.

עקרונות הביקורת השיפוטית - הנחיות מנהליות וסטייה מהן

15. קיומם של כללים המסדירים את התנהלות הרשות במסגרת הנחיות פנימיות ונהלים של הרשות, תוחם ומצמצם את מתחם הסבירות המנהלית, בעת שמתבצעת ביקורת שיפוטית על החלטה מנהלית, ומקל על בחינת התנהלות הרשות בהחלטותיה. ודוק, הרשות המנהלית אמנם אינה מחויבת להנחיותיה, עם זאת, ככלל על רשות מנהלית לנהוג בהתאם להנחיותיה ולא לסטות מהן, אלא אם יש הצדקה וטעם לסטייה מההנחיות, כשהנטל הוא על הרשות להצביע על קיומם של טעמים שהצדיקו את הסטייה (י. דותן "הנחיות מנהליות" (תשנ"ו) בע' 535, ד. ברק-ארז "משפט מנהלי" (תש"ע - 2010) כרך א בע' 248-253, בג"צ 308/17 פלוני נ' היועמ"ש).

זאת ועוד, מבחינה ראייתית הנטל הראשוני מוטל על הטוען לפגם בהתנהלות הרשות, כשהרשות נהנית מחזקת תקינות וחוקיות פעולות המנהל, שהיא חזקה הניתנת לסתירה. מקום שהעותר מבסס תשתית ראייתית לטענתו לסטייה לכאורה מההנחיות, חל כרסום בחזקת החוקיות, והנטל עובר לכתפי הרשות להראות את תקינות התנהלותה (ד. ברק-ארז "משפט מנהלי דינוני" (תשע"ז - 2017) בע' 24, 35-37, 40-41).

במקרה של סטייה מהנחיות מנהליות האפשרות שביהמ"ש יתערב בהחלטה ויבקרה היא ממשית יותר, במיוחד אם הסטייה היא מליבת ההנחיה או שיש בה כדי לפגוע בעיקרי תכליתה (דנג"צ 10350/02 שר הפנים נ' מטר).

משכך, סטייה של הרשות מהנחיות מנהליות היא בעלת השלכה הן מבחינה מהותית והן מבחינת נטלי הראייה והשכנוע.

16. בהליך שלפני עומדת לביקורת הטענה לסטייה מהנחיית פרקליט המדינה, הנחייה שמעמדה הוא של הנחיה מנהלית (בג"צ 6213/14 ארגמן נ' משטרת ישראל).



בהמשך לעקרונות שפורטו בכלליות לגבי הנחיות מנהליות, מקום שהביקורת מופנית כלפי החלטה שהתקבלה בהקשר של הנחיות פרקליט המדינה, יש לביהמ"ש עקרונות מנחים של הרשות עצמה לאורם הוא בוחן אם ההחלטה התקבלה במסגרת מרחב שיקול הדעת של הרשות, והיקף הביקורת עשוי להיות רחב יותר.

כך, לאחרונה נדרש ביהמ"ש העליון בשבתו כערכאת ערעור לטענה של סטיית המאשימה מהנחיית פרקליט המדינה ביחס לסעיף החיקוק שיוחס לנאשם. בקבלו את הטענה, ציין ביהמ"ש כי המאשימה:

"לא נימקה מדוע פעלה בניגוד להנחיות פרקליט המדינה ולא הרימה את הנטל להוכיח כי ביסוד החלטתה קיימים טעמים סבירים וראויים".

כפועל יוצא מכך זוכה המערער מהוראת החיקוק המחמירה שיוחסה לו והורשע חלף זאת בהוראת חיקוק מקלה, לאור:

"עקרונות המשפט המנהלי והפלילי לפיהם על רשות מנהלית לפעול בהתאם להנחיות המנהליות, ולשמור על הליך פלילי הוגן ועל שיוויון בפני החוק", (ע"פ 106/17 פלוניים נ' מדינת ישראל פסקאות 50-51 (להלן: "עניין פלוניים")).

הסטייה מהנחיות פרקליט המדינה היא שהובילה בעניין פלוניים להתערבות ביהמ"ש בהחלטה המנהלית, וזאת בשונה מהליכים אחרים בהם נקבע שהחלטות רשויות התביעה תאמו את הנחיות פרקליט המדינה, ולפיכך לא היה מקום להתערבות ביהמ"ש באותן החלטות (ע"פ 42054-08-13 מדינת ישראל נ' קסטיאל, רע"פ 6800/13 קסטיאל נ' מדינת ישראל, וע"פ 2599-03-16 עבד נ' מדינת ישראל).

ביצוע חקירה לאחר הגשת כתב אישום - הוראות הדין

17. סעיף 61 לחסד"פ, שכותרתו "המשך החקירה", הגם שהוא ממוקם בפרק ד' לחסד"פ שעניינו הליכים לפני משפט, פורש בפסיקה כמסמך את המאשימה לבצע, במידת הצורך, השלמת חקירה גם לאחר הגשת כתב אישום, וזאת מכוח התיבה "לשם ניהול יעיל של המשפט".

יוקדם ויוער שסוגיה זו של השלמת חקירה לאחר הגשת כתב אישום מגיעה באופן מועט יחסית להכרעת ביהמ"ש, בעיקר אגב דיונים בבקשות של המאשימה הנובעות מפעולת השלמת החקירה או מקום שמועלית התנגדות מצד ההגנה לפעולת השלמת החקירה ולראיות שנאספו בעקבותיה, כשמרבית ההחלטות השיפוטיות בוחנות את הסוגיה לאורה של הנחיית פרקליט המדינה בנושא.

בהליך שלפניי, לא נטענו טענות כנגד ההנחיה עצמה, אלא במרכז המחלוקת ניצבת השאלה אם המאשימה ביצעה הליך של השלמת חקירה בהתאם להנחיית פרקליט המדינה או בסטייה ממנה, על כל המשתמע מכך.

הנחיית פרקליט המדינה בנוגע להשלמת חקירה לאחר הגשת כתב אישום

עמוד 10



18. ההנחיה המנהלית הרלוונטית היא "הנחיית פרקליט המדינה מספר 6.11 - השלמת חקירה לאחר הגשת כתב אישום", שעודכנה באופן מהותי ב- 9.5.16 (לעיל ולהלן: "הנחיית פרקליט המדינה"/"ההנחיה").

קיומן של הנחיות מנהליות המסדירות את הסוגיה מבחינת רשויות התביעה, והעובדה שההנחיה כמעט ואינה מזכירה ומערבת את ביהמ"ש בזמן ביצוע השלמת החקירה, כשבנוסף העדכני לא נדרשת כלל רשות ביהמ"ש, אלא לכל היותר יידועו בנסיבות חריגות, הן העומדות בבסיס טענת המאשימה כי החלטה על השלמת חקירה לאחר הגשת כתב אישום מהווה פררוגטיבה של התביעה, שאינה מצדיקה במישור שקה"ד השיפוטי התערבות. בנוסף, בהתאם לעמדת המאשימה, היא פעלה לפי הנחיית פרקליט המדינה מבחינה פורמלית ומהותית, וגם מטעם זה אין הצדקה להתערבות ביהמ"ש.

ההגנה מצידה רואה את הדברים באופן שונה וטוענת לסטייה מהותית מההנחיה.

19. בהיבט של לגיטימיות ההתערבות השיפוטית בהחלטה על השלמת חקירה, אפתח בשלוש הערות:

הראשונה, יש להשקפתי בנסיבות ההליך שלפניי קושי בעמדת המאשימה, שהיות שהיא סוברנית לקבל החלטה ללא צורך באישור ביהמ"ש, אזי אין מקום להתערבות ביהמ"ש בהחלטתה. זאת, נוכח העובדה שהמאשימה עצמה היא שהביאה את הסוגיה לפתחו של ביהמ"ש וביקשה את סיועו (ע' 1054). במהלך הדיון אף ביקשה המאשימה לנמק בכתב את עמדתה המשפטית בנושא (ע' 1197), ונקבעו מועדים שלאחריהם עתידה הייתה להינתן החלטת ביהמ"ש (ע' 1210). חלף הגשת טיעון משפטי, בחרה המאשימה להשלים חקירה וליידע בכך את ביהמ"ש מבלי להמתין להחלטה.

השניה, חומרי המדיה מוחזקים בידי המאשימה כחומר שנאסף, ומצויים בשליטתה הפיזית, כך שלשם עריכת פעולות חיפוש בהם לא נדרשת הוצאת צו חיפוש ולא נדרשת מעורבות ביהמ"ש. עם זאת, מהבחינה המהותית, דומים חומרי המדיה לחומרים שניתן לאתר במשרדו הפיזי של אדם, ומהווים מעין משרד וירטואלי. אילו הייתה המאשימה מבקשת לחזור ולחפש במשרד הפיזי של נאשם לאחר הגשת כתב אישום, היא הייתה זקוקה לאישור ביהמ"ש במסגרת צו חיפוש, והעובדה שאינה נדרשת לצו חיפוש, רק משום שהחומרים מצויים ומוחזקים ברשותה כנאמן, מקרינה אף היא על שאלת ההצדקה למעורבותו המהותית של ביהמ"ש בפעולת השלמת החקירה הנזכרת.

והערה שלישית, כפי שכבר צוין לעיל, היקף הביקורת השיפוטית על החלטה מנהלית, מקום שקיימת הנחיה מנהלית והרשות מקיימת את ההנחיה הוא מצומצם, וזאת בשונה מהיקף נרחב יותר של מעורבות שיפוטית כשיש סטייה מההנחיות, כשלאפשרות זו לא נדרשה המאשימה כלל.

לאור ההערות האמורות, איני יכולה לקבל את עמדת המאשימה בנושא זה.

ובאשר לשאלה אם החלטת המאשימה בהליך שלפניי מתיישבת עם ההנחיה או סוטה ממנה, אפנה תחילה לבחינת



עיקרי ההנחיה.

20. ואלה הקווים המנחים בהנחיית פרקליט המדינה:

ראשית, ההנחיה מכירה באינטרס המוגן של הנאשם בניהול ההליך הפלילי, ומדגישה את החשיבות בכך שתנתן לו ההזדמנות להכין את הגנתו כדבעי, כשחומר החקירה שעליו עתיד להתבסס ההליך אליבא דמאשימה, הוא מתוחם ומוגדר ומצוי במלואו ברשות הנאשם (סעיפים 2, 4). אינטרס זה, הגם שההנחיה אינה משתמשת במינוח המפורש, מהווה חלק מהזכות להליך הוגן.

שנית, אל מול האינטרס המוגן של הנאשם מציבה ההנחיה, כמקובל, אינטרסים ציבוריים נוגדים, ומדגישה כי רק אם נמצא אינטרס ציבורי הגובר על האינטרס המוגן של הנאשם, ניתן לבצע השלמת חקירה לצורך מיצוי חקר האמת (סעיף 4). בכך מדגישה ההנחיה את נקודת האיזון הראויה בהתנגשות בין האינטרסים, וכפועל יוצא מכך את חריגות השלמת החקירה המאוחרת.

תכלית ההנחיה, אם כן, היא להסדיר בנהל את האפשרות של השלמת חקירה לאחר הגשת כתב אישום, בהתחשב בכך שאין הוראת חוק ישירה המעניקה את הסמכות האמורה, ולקבוע את המקרים המתאימים החריגים שבהם תתבצע השלמת החקירה.

שלישית, בהתאם להנחיה יכולות להיות סיבות שונות המצדיקות השלמת חקירה, אך הסיבה היחידה שמפורטת בהנחיה היא: גילוי נתונים חדשים מהותיים, משפטיים או עובדתיים, לאחר תחילת המשפט, שיש להם פוטנציאל להשפיע על תוצאת ההליך (סעיף 7).

רביעית, באותו הקשר של שינוי נסיבות מפתיע לאחר הגשת כתב האישום, שאלת אחריות גורמי האכיפה לכך שנוצר צורך בביצוע השלמת החקירה, מהווה שיקול משמעותי. ההנחיה קובעת שככלל, למעט בנסיבות חריגות, לא תבוצע השלמת חקירה, אם ניתן היה בשלב החקירה בשקידה סבירה לבצע את פעולת החקירה ולהעריך מראש את נחיצותה, ולא התחדש דבר בהקשר זה (סעיף 8).

חמישית, לעניין השיקולים והנתונים שיש לקחת בחשבון במסגרת האיזון בין האינטרסים שצוינו, מובהרת בהנחיה חשיבות השלב שבו מצוי ההליך ב"המ"ש, כשככל שהוא מתקדם יותר, כך נדרשים נימוקים ממשיים יותר כדי להצדיק את השלמת החקירה (סעיף 9(5)). שיקול נוסף שיש לו חשיבות עוסק במידת החיוניות של השלמת החקירה לבירור האמת (סעיף 9(3)).

בהידרשו לנוסח הקודם של ההנחיה, ציין ביהמ"ש שהשלמת חקירה בשלבים מתקדמים של המשפט לאחר תחילת ההוכחות ובמיוחד לאחר תום פרשת התביעה, תבוצע רק במקרים בהם "**ההשלמה הכרחית להמשך ניהול המשפט**".



(בש"פ 3866/11 **אליהו נ' משטרת ישראל**, פסקה 18). שיקול העיתוי עמד בבסיס ההחלטה בערר אחר בו נדחתה הטענה שהשלמת החקירה פוגעת בניהול ההגנה ובזכות להליך הוגן, שעה שהנאשם טרם השיב לכתב האישום, לא החלה שמיעת ראיות וההליך היה בשלב מוקדם (בש"פ 770/13 **פלוני נ' מדינת ישראל**).

בנוסף, נבחנת השאלה אם הנאשם או עד מטעמו עתיד להחקר (סעיף 9(4)) שאז פוטנציאל הפגיעה בהגנה מוגבר, וכן נשקלת חומרת העבירה המקורית וזו שתחקר בהשלמת החקירה (סעיף 9(1)) ומורכבות החקירה המקורית או השלמת החקירה (סעיף 9(2)).

שיטת, ההנחיה חוזרת ומדגישה את חריגות המהלך, הכפוף לאישור הגורם המוסמך, כהגדרתו בהנחיה, לאחר שזה נתן את דעתו לכלל השיקולים ולאיון הראוי בין האינטרסים הנוגדים (סעיפים 5, 6).

שביעית, ההנחיה מפרטת נסיבות חריגות בהן תעשה פניה ליידוע ביהמ"ש על השלמת החקירה הצפויה בהתחשב בשלב שבו מצוי ההליך ובקיומם של אינטרסים נוגדים מהותיים. בהתאם להנחיה ביהמ"ש אינו מתבקש להתיר את הפעולה.

21. כעולה מן המקובץ, ההנחיה מגדירה את מהלך השלמת החקירה לאחר הגשת כתב אישום כמהלך חריג. היא דורשת בחינה קפדנית ופרטנית של חיוניותו, של טעמיו, של תכליתו, בוחנת את מידת האחריות של הרשויות לצורך שנוצר לבצעו בשלב מאוחר, שוקלת את עיתויו ואת מידת השפעתו על תוצאת ההליך. היא מחייבת פיקוח ואישור של גורם מוסמך, ומדגישה שניתן לבצע השלמת חקירה לאחר הגשת כתב אישום רק אם בנסיבות העניין שיקולי האינטרס הציבורי גוברים על האינטרס המוגן של הנאשם.

כפי שכבר צוין לעיל, אין פסיקה רבה בסוגיה וכמעט ולא ניתן לאתר פסיקה הנדרשת להנחיה בנוסחה המעודכן. לפסיקה המיישמת את ההנחיה המעודכנת אני מפנה להחלטת ביהמ"ש מחוזי בת"א בת.פ. 13268-09-15 **מדינת ישראל נ' פינס** במסגרתה לא נעתר ביהמ"ש לבקשת מאשימה שעד יביא עמו מסמכים לפי סעיף 108 לחסד"פ, בקשה שנבחנה לפי עקרונות הנחית פרקליט המדינה לעניין השלמת חקירה לאחר הגשת כתב אישום, וזאת, לאור השלב המתקדם של שמיעת הראיות במהלך פרשת התביעה ובהתחשב בכך שניתן היה בשקידה סבירה לבצע את פעולת החקירה בשלב החקירה. כמו כן אני מפנה להחלטה בביהמ"ש שלום בת"א בת.פ. 18235-08-15 **מדינת ישראל נ' קפלן**, שם התבקש ביטול כתב אישום במסגרת טענה מקדמית מחמת השלמת חקירה לאחר הגשת כתב אישום, וביהמ"ש דחה את העתירה בקובעו שדי בכך שלא אפשר את תיקון כתב האישום, כך שלא ניתן יהיה להשתמש בתוצרי ההשלמה כדי להעניק סעד, כשביהמ"ש לא הכריע אם התנהלות המאשימה מתיישבת עם ההנחיה או סוטה ממנה. כמו כן, ניתנה החלטה בסוגיה האמורה על ידי במסגרת ת.פ. 66313-12-15 **מדינת ישראל נ' עליאש**, בה קבעתי כי השלמת החקירה שבוצעה בשלב מתקדם של פרשת התביעה עמדה בתנאי ההנחיה בשל האופי הטכני של ההשלמה, ביצועה בזיקה לבקשה של ההגנה וטעמים נוספים.

עקרונות הביקורת השיפוטית - עילת המידתיות

22. עילת המידתיות מתמקדת בנאותות האיון בין המטרה לבין האמצעי המשמש להשגתה. כדברי השופט חשין

בבג"צ 3648/97 סטמקה נ' משרד הפנים:

"מבחן המידתיות מרכז עצמו באמצעים להשגתה של מטרה. הנחת-המוצא היא, שהמטרה - כשהיא לעצמה - מטרה ראויה היא, והשאלה אינה אלא אם האמצעים להשגתה של מטרה אמצעיראוי הוא. בהחילנו את עילתה מידתיות נזכר עוודזאת, כי עוצמת הזכות הנפגעת ואכעו צמת הפגיעה בזכותה עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילתה מידתיות".

בכל הנוגע למידתיות ההחלטות המנהליות של רשות התביעה, הנוגעות להיבטים של זכויות נאשמים מהותיות מכוח הזכות להליך הוגן במסגרת הליך פלילי, נסמכת עילת המידתיות גם על דרישת המידתיות הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיה אין פוגעים בזכויות לפי חוק היסוד במידה העולה על הנדרש. כאמור, הזכות להליך הוגן הוכרה כזכות חוקתית שהיא זכות בת של הזכות לכבוד, ומשכך נדרשת הקפדה שלא לפגוע בה מעבר לנדרש (עניין פלוניפסקה 26). בהקשר זה אני מפנה לדברי השופט חשין לעיל, שלא רק עוצמת הפגיעה בזכות משליכה על מידת ההקפדה עם הרשות בעילת מידתיות אלא גם עוצמת הזכות הנפגעת כשלעצמה.

עילת המידתיות נבחנת ומוכרעת על סמך שילוב של מבחני עזר, שנועדו לבחון אם הרשות בחרה באמצעי המתאים להשגת המטרה בהתאם לתכלית שהציבה לעצמה, האם מבין החלופות נבחר האמצעי שפגיעתו בזכויות הפרט היא המועטה ביותר והאם אותה פגיעה צפויה עומדת ביחס סביר לתועלת שתצמח מהפעולה בהתחשב במטרתה (ד. ברק-ארז **"משפט מנהלי"** (תש"ע - 2010) כרך ב' בע' 792-771).

מן ההלכות אל ההחלטה הקונקרטית

23. כפי שפורט בפרק הקודם, להגנה שתי עילות עליהן היא מסתמכת בעתירתה, וחרף העובדה שמבחינת יישום העקרונות, יש שיקולים ונתונים רבים משותפים לשתי העילות, מצאתי לנכון לבחון בנפרד כל אחת מהטענות בהתאם לעובדות והנתונים שהובאו לידיעתי בטיעוני הצדדים.

ההחלטה על השלמת חקירה - בהתאם להנחיה או בסטייה ממנה?

24. ההגנה אינה חולקת על תכליתה הלגיטימית של ההנחיה, או על השיקולים והסייגים שהוגדרו בה והאיזונים שנקבעו במסגרתה. טענות ההגנה מופנות לאופן יישום ההנחיה, כשלשיטתה נפלו פגמים מהותיים בהחלטה, והיא התקבלה הלכה למעשה בסטייה מהותית מההנחיה.

טענות ההגנה פורטו לפרטי פרטים בטיעון שטען ב"כ נאשם 1 בדיון ובטיעונים בכתב מטעם ב"כ נאשם 3. בתמצית, נטען שמדובר בפעולה של חקירה מחודשת, בבחינת מקצה שיפורים, ובמסע דייג שתכליתו ותוצאותיו הצפויות כלל לא ידועות, כדי לכסות בדיעבד על מחדלי חקירה של רשויות האכיפה. לטענת ההגנה, המאשימה מתבססת על טעות בסיווג מעמד חומרי המדיה, אלא שלשיטת ההגנה לא הייתה כל טעות, במיוחד לאור העובדה שבוצע מיצוי מתוך חומרי המדיה והתיק לוהו על ידי המאשימה במהלך החקירה, וניתן היה לתקן את הטעות, ככל שהייתה, מבעוד מועד. ההגנה מדגישה שלא התגלו נתונים חדשים, ולא הוכחה חיוניות ואף נחיצות לבצע את הפעולה, במיוחד בהיקפה הנרחב, כשהתועלת היא ערטילאית. עוד עומדת ההגנה על כך שההחלטה מתעלמת מהפגיעה בזכויות הנאשמים ובשינוי מצבם לרעה לאחר



מתן תשובות לאישום וניהול חלק לא זניח מפרשת התביעה. לשיטת ההגנה, בחירת המאשימה לבצע את המהלך מהווה שימוש לא ראוי בכוח שברשותה.

25. אל מול הטענות המפורטות, תגובות המאשימה, בעיקר התגובות הראשונות, היו מצומצמות, והמאשימה - יתכן מתוך השקפתה שאין מקום שביהמ"ש יבקר - הביאה לידיעת ביהמ"ש מעט נתונים שיבהירו מה עמד מאחורי החלטתה לבצע השלמת חקירה ומה היו שיקוליה.

גם במסגרת השלמת התגובה מצידה, בה ניתן פירוט רב יותר, המשיכה המאשימה ליתן תשובות שרובן כלליות ויש בהן ציטוט של עקרונות שהותוו בהנחיה והצהרה כי אלה קוימו ומולאו. בסופו של דבר, עיון בתגובות המאשימה מעלה שרק ביחס לחלק מהשיקולים ירדה המאשימה לרזולוציות קונקרטיות.

כך, בתגובה הראשונה מיום 27.2.18 הסתפקה המאשימה בציון הטענה הכללית לפיה ההחלטה ניתנה בהתאם להנחיה ואושרה על ידי פרקליטת המחוז, אשר מצאה כי השלמת החקירה חיונית להמשך ניהול המשפט ודרושה לצורך מיצוי חקר האמת (סעיף 16). לא למותר לציין כי אין בהצהרה זו כדי ללמד דבר וחצי דבר לגבי השיקולים בבסיס ההחלטה והאיזון ביניהם.

וכך, בתגובתה מיום 12.4.18, במענה לטענות ההגנה לפגמים בהחלטה המנהלית ולסטייה מההנחיה, התייחסה המאשימה בהרחבה להתנהלותה ביחס לחומרי המדיה, כשלשיטתה מלכתחילה לא ביצעה הליך מסודר של מיון וסיווג, התכוונה לערוך מיון וסיווג לאחר הגשת כתב האישום ולהפיק חומרים נוספים, וניסתה לגבש הסכמות בהקשר זה עם ההגנה ללא הצלחה (סעיפים 27-29). מעבר לכך, יתר התשובות היו כלליות, ללא פירוט של השיקולים ואופן האיזון ביניהם, תוך הצהרה שלא נפל פגם בהחלטה, היא סבירה ומידתית ועולה בקנה אחד עם הנחיית פרקליט המדינה (סעיף 5). בנוסף נמסר שהמאשימה הגיעה למסקנה, בהחלטה של פרקליטת המחוז, שלמרות שהתיק החל להשמע אין מנוס מעריכת סיווג ומיון מושכלים בכל חומרי המדיה, מיד כשהוברר לה שלא ניתן לגבש הסכמות, כשבכך תמומש תכליתו של ההליך הפלילי להגיע לחקר האמת ולא יפגעו זכויות נאשמים, שכן לא ידוע מה תעלה השלמת החקירה (סעיפים 29, 31, סעיף 38). גם בתגובה זו לא הובהרו השיקולים ואופן איזונם.

בהשלמת התגובה מיום 29.4.18 חזרה המאשימה על ההצהרות הכלליות מתגובותיה הקודמות (סעיף 5, 11) ועל אי הבהירות המשפטית ביחס לסוגיה (סעיפים 14-16). המאשימה חזרה וציינה שפרקליטת המחוז נתנה את דעתה לכל השיקולים ואיזנה ביניהם בהתאם להנחיה, כשהנושא היה מוכר לה (סעיף 12, סעיף 13).

באופן קונקרטי נטען כי השלב הדיוני הוא מוקדם יחסית, כשנשמעו כשליש בלבד מעדי התביעה, חלק נכבד מהעדים שחומרי המדיה קשורים אליהם טרם העידו, וברשות הנאשמים חומרי המדיה השייכים להם. לפיכך, נטען כי בעיתוי זה אין פוטנציאל לפגיעה משמעותית בהליך ההוגן (סעיף 17). בנוסף, עמדה המאשימה על חומרת האישומים המפורטים בכתב האישום, והדגישה בהקשר זה את האינטרס הציבורי בחקר האמת (סעיף 19). היא ציינה שאופי השלמת החקירה הוא של מיון וסיווג של חומרים שחלקם ברשות גורמי ההגנה (סעיף 19), וטענה לחוסר סימטריה בינה לבין הנאשמים,



אם החומרים יוותרו ברשותם מבלי שהיא יכולה לעשות בהם שימוש (סעיף 18). המאשימה הדגישה כי ההגנה לא יכולה להצביע על נזק שיגרם לנאשמים, וכל טענה בהקשר זה היא תיאורטית ועתידית, וחזרה על כך שכלל לא ידוע מה יש בחומר המדיה (סעיף 20).

26. עיון בתגובות המאשימה מעלה שבכל הקשור לתכלית ההנחיה, המאשימה טענה כי קיים אינטרס של חקר האמת ומיצוי האמת, מבלי שהבהירה את מהותו, מלבד עצם חומרת האישומים, באופן שלא ניתן ללמוד מטיעוניה מדוע לשיטתה האינטרס הציבורי גובר על האינטרס המוגן של הנאשמים.

בנוסף, מקובלות עליו טענות ההגנה שהמאשימה לא טענה שהתגלו נתונים חדשים מהותיים לאחר הגשת כתב האישום, וממילא אין היא טוענת שחל שינוי שיש לו פוטנציאל להשפיע על תוצאת ההליך, ומחייב, למצער מצדיק, איסוף ראיות משלים. אעיר, כי אמנם המאשימה רשאית לפי ההנחיה לבחון סיבות נוספות לביצוע השלמת חקירה, ואין מדובר ברשימה סגורה, עם זאת, דומה שסיבות הקשורות בהתנהלות שבאחריות גורמי האכיפה, אין יכולות לבסס הצדקה להשלמת חקירה, וזאת נוכח הקביעה שכלל לא תבוצע השלמת חקירה, אם ניתן היה בשלב החקירה לבצעה בשקידה סבירה ולעמוד על נחיצותה. משכך, יש קושי של ממש להתבסס כנימוק המצדיק השלמת חקירה לאחר הגשת כתב האישום על תקלות במיון ובסיווג שבאחריות גורמי האכיפה, ועל כך ש"לא נעשה הליך מסודר של מיון וסיווג". ההנחיה אמנם מאפשרת במצב דברים שכזה ביצוע השלמת חקירה בנסיבות חריגות, אך לא הוצגו לביהמ"ש כל נסיבות חריגות, ואף לא נטען שההחלטה מבוססת על קיומן של נסיבות חריגות שכאלה.

27. לכך יש להוסיף את נושא העיתוי, שביחס אליו אמנם ניתנה תשובה מפורטת על ידי המאשימה, אלא שהתשובה מוקשית. זאת, משום שלא עולה ממנה שניתן משקל משמעותי לאינטרס המוגן של הנאשמים המודגש בפתיח ההנחיה, בפרט נוכח השלב המתקדם יחסית של ההליך, כשבהקשר זה נקבע בפסיקה שלאחר תחילת הוכחות תבוצע השלמת חקירה רק אם היא הכרחית להמשך ניהול ההליך. לא נטען ולו במשתמע שהשלמת החקירה הכרחית ואף לא הוצגו נימוקים התומכים בטענה כזאת. בנסיבותיו של התיק שלפניי, יש משמעות לא מבוטלת להתקדמות ההליך, לכך שניתנו על ידי הנאשמים תשובות מפורטות לאישומים, לכך שבשתי הזדמנויות ביקש ביהמ"ש הבהרות לכתב האישום והתקיימו דיונים בהם עלו גם עמדות של ההגנה, ולכך שבשלב מתקדם של ההליך, לאחר שקודם לכן הצדדים לא היו בשלים להליך זה, התקיימו דיונים ממושכים מאד לפי סעיף 144 לחסד"פ, חלקם שלא לפרוטוקול לבקשת הצדדים, שגם בהם נחשפו במידה כזו או אחרת קווי ההגנה של הנאשמים בעת שהובהר לביהמ"ש ביחס לאלו עדים ניתן לגבש הסכמות מלאות או חלקיות ואלו עדים צריכים להשמע ובאיזה הקשר. בנוסף, טענת ההגנה שבמהלך החקירות נחשפו קווי הגנה אינה סיסמתית, והיא משקפת את התרשמותי ממהלך הדברים. גם אם אניח בהתאם למוצהר על ידי המאשימה שתוצרי המדיה הנוספים במסגרת השלמת חקירה יהיו קשורים בעיקר לעדים שטרם נשמעו, עדיין צפויים להתקבל תוצרים הקשורים גם לעדים שנשמעו, ולנושאים שהועלו ולובנו, ולפיכך הפגיעה בכך שהנאשמים מתגוננים מפני כתב אישום שחומר החקירה בו לא מתוחם ומוגדר טרם תחילת ההליך, אינה פגיעה של מה בכך.

28. לא זו אף זו, דרישת ההנחיה שתבחן מידת החיוניות של השלמת החקירה לבירור האמת, בהתאם לנתונים שהובאו בפניי, ספק אם מולאה, שכן המאשימה הצהירה שאינה יודעת מה יש בחומר המדיה, וממילא לא נטען



שהחלטה התקבלה משום שהתוצרים העלומים חיוניים להליך.

אשר לשיקול של חומרת העבירה המקורית וזו שתחקר במסגרת השלמת החקירה, דומה ששיקול זה מקרין על סוגיית חיוניות הפעולה מבחינת מידת ההשפעה של השלמת החקירה על חומרת המעשים והעבירות שיוחסו לנאשמים. ספק בעיניי אם פרקליט המדינה התכוון לקבוע בהנחיה כשיקול כללי שבתיקים בעלי חומרה, תוצדק השלמת חקירה ללא בחינה של הקשר בין החומרה לפני ההשלמה לבין החומרה אחריה. כך או כך, כידוע, קיימות גישות שונות בפסיקה ביחס לשאלה אם חומרת העבירה היא נתון המצדיק כשלעצמו הסגה של האינטרס המוגן של הנאשם מפני האינטרסים הציבוריים, ולאחר הלכת יששכרוב נשמעות דעות לכאן ולכאן.

לעניין מורכבות השלמת החקירה, המאשימה בשעתו בעת שביקשה לעצור את המשפט, הביעה תקווה כי הפעולה תושלם תוך פרק זמן קצר של שבועות ספורים, אלא שהמציאות מלמדת שמדובר בהשלמת חקירה מורכבת שמתארכת, ומאז שהתבקשה עצירת המשפט חלפו קרוב לשלושה חודשים.

29. ואחרון, לעניין אישור הגורם המוסמך, המאשימה בהבירה לאורך כל הדרך כי ההחלטה התקבלה על ידי פרקליטת המחוז, ובהשלמת התגובה אף התייחסה, כאמור, לשיקולים שנשקלו על ידי פרקליטת המחוז בעת קבלת ההחלטה. משכך בהיבט הפורמלי עמדה המאשימה בדרישות ההנחיה.

שאלה אחרת נוגעת לאופן בו צריכים להיות מובאים נתונים אלה לידיעת ביהמ"ש בכלל, ומקום שהונחה תשתית ראייתית לכאורה לטענות ההגנה לפגמים או סטייה מההנחיה, והנטל עובר לכתפי המאשימה, בפרט. ודוק, שיקוליה והחלטתה של פרקליטת המחוז, מעבר לאזכורם בתגובות המאשימה, לא בוססו על ידי המאשימה בכל דרך ראייתית, לא בתצהיר ולא בדרך אחרת, והנתונים מזמן אמת בעת קבלת ההחלטה, ככל שהועלו על הכתב ולו במסגרת רישום פנימי, לא הוצגו לעיון ביהמ"ש. לא מצאתי בפסיקה המועטה התייחסות לנושא זה, ולבטח אין בכוונתי לקבוע מסמרות, אך דומה שללא הצגת תשתית ראייתית כלשהי לנתונים עובדתיים המצויים בידיעת אחד הצדדים בלבד והם חיוניים להחלטה השיפוטית, יש קושי מבחינת ביהמ"ש להתבסס על אותן טענות כנתונים מוכחים.

סיכום ביניים

30. כעולה מן המקובץ, בחינת החלטת המאשימה לבצע השלמת חקירה, אל מול העקרונות המנחים שנקבעו בהנחית פרקליט המדינה, בהתחשב בטענות ההגנה, ובהסתמך על מיעוט הפרטים שנמסרו על ידי המאשימה ושידועים לביהמ"ש לגבי השיקולים והנימוקים לביצוע השלמת החקירה, מעלה כי ההגנה עמדה בנטל המוטל עליה להצביע על כך שהתנהלות המאשימה אינה תואמת לכאורה את הנחיית פרקליט המדינה. המאשימה מצידה לא הצליחה להראות שקיים אינטרס ציבורי בקיום השלמת חקירה, הגובר על האינטרס המוגן של זכות הנאשמים להליך הוגן, ולא הניחה תשתית המלמדת שההחלטה התקבלה בגדרי ההנחיה ובהתאם לתכליותיה ועקרונותיה, כך שהמסקנה היא שההחלטה סוטה מההנחיה. במצב דברים זה, עובר הנטל לכתפי המאשימה, אלא שהמאשימה:



"לא נימקה מדוע פעלה בניגוד להנחיות פרקליט המדינה ולא הרימה את הנטל להוכיח כי ביסוד החלטתה קיימים טעמים סבירים וראויים" (עניין פלוניים שצוטט לעיל).

בנסיבות אלה בהתאם לכללי הביקורת השיפוטית שפורטו לעיל, מתחייבת המסקנה כי יש מקום להתערבות ביהמ"ש והענקת סעד לנאשמים, כששאלת הסעד תוכרע בפרק נפרד.

מידתיות ההחלטה על השלמת חקירה

31. לשם בחינת עילת המידתיות, יש להגדיר תחילה את תכלית הפעולה המנהלית - מטרתה, ובהמשך לבחון אם אמצעי השלמת החקירה הוא האמצעי המתאים בהתאם לתכלית, אם אין אמצעים שפגיעתם פחותה וכן לבחון אם הפגיעה בהגנה עומדת ביחס סביר לתועלת שתצמח מפעולת השלמת החקירה.

במסגרת פרק זה לא אחזור על נתונים, שיקולים, הערות ומסקנות שפורטו בפרק הקודם, ואני מפנה להערותיי בהתאמות ובשינויים המחוייבים גם ביחס למידתיות ההחלטה שהתקבלה.

תכלית השלמת חקירה לאחר הגשת כתב אישום

32. כפי שכבר צוין בהרחבה, קובעת ההנחיה שתכליתה היא להסדיר את המצבים החריגים בהם ניתן לבצע השלמת חקירה לאחר הגשת כתב אישום, באותם מקרים שההשלמה היא חיונית, בשל נתונים חדשים או טעמים כבדי משקל, כשבאופן אובייקטיבי השלמת החקירה לא יכלה להתבצע קודם, והכל רק אם האינטרס הציבורי בחקר האמת גובר על האינטרס המוגן של הנאשם.

האם טענות של חוסר בהירות וטעות מצד רשויות האכיפה בסיווג חומרי המדיה בשעתו, ושאיפה בעת הזו שכל חומר רלוונטי שמקורו בחומרי המדיה יהיה זמין לשימוש במהלך המשפט, על אף שלא הופק במהלך החקירה, מקיימות את תכלית ההנחיה? לטעמי התשובה לכך היא שלילית ואפרט.

המשמעות של אי עריכת הליך מסודר של מיון וסיווג חומרי המדיה בשלב החקירה

33. המאשימה טוענת כי בשלב החקירה, ואף לאחר מכן בשלב מיון חומרי המדיה ועריכת רשימת כל החומר שנאסף, **"לא נעשה הליך מסודר של מיון וסיווג"** בכל הנוגע לחומרי המדיה עקב אי בהירות משפטית (סעיף 27 לתגובה מיום 12.4.18).

המאשימה אינה מסבירה מדוע לא נעשה, לדבריה, הליך מסודר להפקת כלל חומרי החקירה הרלוונטיים מתוך חומרי המדיה בשלבי החקירה, ולא מנמקת במה, אם בכלל, השפיע העדר פסיקה מנחה ברורה, כהגדרתה, על אי ביצוע הליך



מסודר של מיון וסיווג. היא אף אינה מבהירה אם בשעתו התקבלה החלטה מודעת שלא לבצע הליך מסודר של מיון או שמדובר במחדל שהיא מתייחסת אליו בדיעבד.

יתרה מכך, המאשימה אינה מציינת מה הייתה העמדה המשפטית בה החזיקה בשלבים השונים של התקדמות החקירה וההליכים בתיק בהליך זה ובכלל, ואיך באה לידי ביטוי עמדה זו בהקשרן של פעולות הפקת תוצרי המדיה, והמיון והסיווג של חומרי המדיה בזמן אמת. בהקשר זה אעיר כי אני מתייחסת לעמדת המאשימה גם בשלבי החקירה, היות שהובהר כי החקירה לוותה על ידי המאשימה.

המאשימה גם אינה מתייחסת לפעולות מיצוי התוצרים הרבות שבוצעו במהלך החקירה, בנקודות זמן שונות, פעולות שהניבו מתוך חומרי המדיה תוצרי מדיה בכמויות שאינן זניחות, תוצרים שבחלקם נעשה שימוש במהלך החקירה, ואינה מבהירה אם בשעתו סברו גורמי החקירה בפיקוח המאשימה שדי בחומר שהופק אם לא, ומה השתנה, מתי ולמה.

34. לא זו אף זו, המאשימה מצהירה כי: **"הכוונה הברורה הייתה, כי במהלך המשפט יוגשו חומרים נוספים, שימצאו רלוונטיים, לאחר שכמובן יועברו לעיון ההגנה"** (סעיף 27 לתגובה מיום 12.4.18). אלא שהיא אינה מסבירה איך, מתי ועל בסיס מה התגבשה העמדה לפיה קיימת לה הזכות לבצע פעולות חיפוש בחומרי המדיה במהלך המשפט, וככל שהיא טוענת לקיומה של פרקטיקה מסוג זה, שאושרה בהחלטה שיפוטית או בנוהל פנימי או בדרך אחרת, היא לא מציגה את אותן אסמכתאות.

יוער בהקשר זה כי על אף שהמאשימה עתרה להגיש טיעונים בכתב, והדגישה כי יש פסיקה עליה היא נסמכת (ע' 1200 לפרוטוקול), בסופו של דבר במסגרת הטיעונים בכתב לא הצביעה המאשימה על פסיקה או ספרות התומכת בעמדותיה, אלא להיפך ציינה כי **"לא עמדה לרשותה פסיקה חתוכה וברורה בנושא"** (סעיף 26 לתגובה מיום 12.4.18).

35. ועוד אעיר, כי בחינת עמדתה של המאשימה באותה עת בתיקים אחרים שעלתה בהם סוגיה דומה, מצביעה על כך שהיא טענה שחומרי המדיה שנתפסים אפילו אינם מהווים חומר שנאסף, ולא חלות עליהם הוראות סעיף 74 לחסד"פ, כשהמאשימה דימתה אותם לחצרים שנתפסו לתקופה קצובה לשם ביצוע פעולות חיפוש, וטענה שרק החומרים שהופקו מחומרי המדיה מהווים חומר שנאסף, ומתוכם תוצרי החקירה מהווים חומר חקירה (בע"ח 38030-03-17 **ברמלי נ' מדינת ישראל** לפסקה 11, בש"פ 6071/17 **מדינת ישראל נ' פישר** פסקה 26 (להלן: "הלכת פישר")). מדובר בעמדה השונה מהותית מהעמדה שלדברי המאשימה היא פעלה לאורה בתיק זה עד להליך הנוכחי, וזאת על אף העובדה שבתיק ברמלי מטפלת אותה פרקליטות, ולכך לא ניתן הסבר.

36. לא זו אף זו, מטיעוני המאשימה עולה שבשלב שבו ניתנה הלכת פישר, ביום 7.8.17, התבהרה לה עמדת ביהמ"ש העליון ביחס למעמד חומרי המדיה כחומר שנאסף. אף שהשופט עמית ציין שאין חידוש בהלכת פישר, אני נכונה לקבל את טענת המאשימה שמבחינתה היוותה ההלכה חידוש. לפיכך, במועד זה, שקדם למענה לכתב האישום, היה עליה לערוך חשיבה ובחינה מחודשת ביחס להנחת המוצא שלה שתוכל לבצע פעולות בחומר שנאסף ולהפיק תוצרי מדיה נוספים. המאשימה לא הבהירה בצורה ברורה אם בוצעה חשיבה, ומה קרה



בעקבותיה, ואם לא בוצעה חשיבה מסודרת, מדוע הדבר לא נעשה.

במציאות, ללא הסבר ממשי, כאמור, לא עצרה המאשימה את קידום המשפט באותו שלב מוקדם יחסית, טרם קבלת תשובות לאישום וטרם תחילת שמיעת הראיות, ולא פעלה באותו מועד לביצוע השלמות נקודתיות, אם היה בהן צורך, מה שעשוי היה למנוע טענות ותקלות בהמשך. להיפך, המאשימה המשיכה להורות על ביצוע פעולות חיפוש בחומרי המדיה, הופקו תוצרי מדיה נוספים והמאשימה העבירה אותם להגנה במהלך שמיעת הראיות בתיק.

במאמר מוסגר אציין כי הלכת פישר מגדירה את היקף זכויות הנאשמים בשלב שלאחר הגשת כתב אישום לעיין בחומרי המדיה, ואינה דנה באפשרות שהמאשימה תבצע פעולות נוספות בחומרי המדיה בשלב שלאחר הגשת כתב האישום והעמדת חומרי החקירה לעיין ההגנה.

37. ודוק, העדר עמדה עקבית מצד המאשימה, בין לפני הלכת פישר ובין לאחריה, ניכר בנתונים ובטיעונים שהוצגו לפניי במסגרת הליך זה. כך, המאשימה הדגישה מספר פעמים את העובדה שחומרי המדיה הופיעו ברשימת החומר שנאסף, ללא ציון כל סייג לצידם, בבחינת חומרי חקירה (ע' 1055), אך לא הבהירה מדוע הם לא הועמדו לעיין ההגנה, כפי שהיה מצופה שיקרה, אם אכן ראתה בהם המאשימה חומרי חקירה (ואיני נכנסת לנושא צנעת הפרט שנגיעתו לעניין שלפניי רחוקה). המאשימה גם לא הסבירה כיצד במצב הדברים המתואר, בו חומרי המדיה אינם גלויים לעיני ההגנה, היא ראתה את עצמה כמי שאינה מוגבלת מביצוע פעולות חיפוש ואיתור בחומרי המדיה, משל היו חלק מחומרי החקירה בתיק (סעיף 27 לתגובה מיום 12.4.18).

בהקשר זה אני מפנה לתכתובת מייל מיום 17.5.17 מהמאשימה להגנה, בה צוין שחומרי המדיה נזכרים ברשימת החומר שנאסף, וכי אם ההגנה אינה מסתפקת במיצוי הראיות שנעשה על ידי היחידה החוקרת, עליה לפנות למאשימה בבקשות קונקרטיות (נספח ב' לעתירת ב"כ נאשם 3). יש בתוכן שהובא כדי ללמד לכאורה בזמן אמת הן על מעמדו של חומר המדיה כחומר שנאסף ולא מעבר לכך, הן על פעולות המיצוי שבוצעו והניבו את תוצרי המדיה, והן על כך שההגנה הוזמנה לבקש חיפוש משלה, אך לא הוצגה בפניה בכתב מציאות של חיפוש מקבילים מצד המאשימה.

המאשימה, אם כך, הביעה עמדה שאינה עקבית, אשר השתנתה בהתאם לצורך ובהתאם לטענות שנטענו כלפיה, ובהקשר זה אין לי אלא להפנות להלכות לפיהן על המדינה להמנע מהצגת עמדות שונות בהליכים שונים או לנ ג דרך אסטרטגית של חשיפת עמדתה טיפין טיפין (ד. ברק-ארז "משפט מנהלי דיוני" (תשע"ז - 2017) בע' 159).

לצד התנהלות זו, כפי שכבר צוין, יזמה המאשימה פניות אל ההגנה, הציעה להגנה לבקש מילות חיפוש או תוצרים קונקרטיים, ניסתה לגבש הסכמות דיוניות כוללות בקשר לחומרי המדיה, והתנהלותה מעידה, כך נדמה, על תום ליבה.

התכלית של חקר האמת

38. המרכיב השני בנוגע לתכלית הפעולה הוא החתירה לחקר האמת. ניתן בזירות לשער, על סמך הנתונים הלא רבים שהציגה המאשימה לביהמ"ש ביחס לתהליך קבלת ההחלטה, שלתכלית של חקר האמת היה נפח משמעותי



במסגרת השיקולים.

אין צורך להכביר מילים על אודות חשיבותו של אינטרס חקר האמת, ובתי המשפט שואפים שהכרעותיהם בדבר אשמתם או חפותם של הנאשמים יהיו בהתאמה למציאות העובדתית. מבלי למעט מן האמור, אינטרס זה אינו עומד לבדו ונקבעו לו סייגים ואיזונים בהתנגשותו עם אינטרסים אחרים. כידוע, השיטה המשפטית שלנו אינה מזמינה הכרעה על סמך "אמת עובדתית", אלא מכירה בהכרעה שיפוטית על סמך "אמת משפטית", כשסדרי הדין ודיני הראיות מונעים לא פעם הבאת ראיות מצד זה או אחר, הגם שהראיות היו עשויות לשפוך אור על האמת העובדתית, בגלל שיקולים מהותיים ודיוניים כאלה ואחרים. גם בהתאם להנחיה המעמד של האינטרס הציבורי בחקר האמת גובר על האינטרס המוגן של הנאשם, רק מקום שחשיבותו וחיוניותו ברורות. הנה כי כן, התכלית של חקר האמת היא חשובה, אך מולה ניצבים אינטרסים נוספים, ועל מנת שהיא תגבר עליהם נדרש שיתקיים מערך נתונים ושיקולים, כמפורט בהנחיה.

בהליך שלפניי חוזרת המאשימה ומצהירה שאין לה ידיעה מה טמון בחומרי המדיה. לצד זאת, המאשימה אינה מבהירה מה היא מחפשת בחומרי המדיה, ואם יש לה בסיס להניח שימצאו בחומרי המדיה תוצרי מדיה נוספים שעתידיה להיות להם חשיבות. בנסיבות אלה, אין ראיה לקיומם של תוצרים בעלי חשיבות, לבטח לא חיוניות, בתוך ה"חור השחור" של חומרי המדיה.

בנוסף, לא חלה התפתחות במהלך המשפט, שיכולה הייתה להוביל למסקנה שלקידום התכלית של מיצוי חקר האמת, יש צורך לבצע את השלמת החקירה בחומרי המדיה, והמאשימה לא הצביעה על כל נתון קונקרטי המלמד על החשיבות בהשלמת החקירה לצורך מיצוי חקר האמת, או על כך שתוצאותיה ישפיעו על תוצאת ההליך או על כל חיוניות אחרת. המאשימה למעשה הסתפקה בהצהרה כללית על חשיבות מיצוי חקר האמת, אך לא פרטה את ההצהרה הכללית לעובדות ונתונים, ולא הראתה שהיא עומדת במגבלות תכלית ההנחיה.

לאור המקובץ, השוואה בין התכלית הברורה של ההנחיה ובין התכלית שדומה שהמאשימה הציבה לנגד עיניה, ככל שביהמ"ש יכול היה לאתרה על סמך הנתונים המועטים שהוצגו בפניו, מלמדת שהמאשימה לא הגבילה את עצמה על פי התכלית שהוגדרה בהנחיה, והתכלית שאותה היא ביקשה ומבקשת לקדם בפעולת השלמת החקירה היא אמורפית ואף רחבה יותר וכללית יותר מהתכלית שהוגדרה בהנחיה.

יישום מבחני העזר

39. כזכור, בהתאם למבחני העזר יש חשיבות לשאלה אם האמצעי של השלמת חקירה שנבחר הוא האמצעי המתאים, שפגיעתו פחותה ואם קיים יחס סביר בין התועלת שתצמח מפעולת השלמת החקירה בהתאם לתכלית ההנחיה לבין הפגיעה בזכויות.

לעניין התאמת האמצעי ומידת פגיעתו, אני לוקחת בחשבון שהשלמת החקירה לאחר הגשת כתב האישום מבוצעת בחומר שנתפס בידי רשויות החקירה בתחילת החקירה, ומוחזק ברשותן מאז כחומר שנאסף שאינו פתוח לעיון והעתקה. בנוסף, השלמת החקירה מבוצעת בחומר שבוצעה בו פעולת מיצוי והוצאו ממנו תוצרים המהווים ראיות. יתרה מכך,



השלמת החקירה מבוצעת בכל חומרי המדיה, ללא הבחנה, היא אינה נקודתית, אינה קונקרטית ואינה מנסה לאתר חומרים ספציפיים ביחס לדמות מסוימת או לנושא תחום בשל צורך חקירתי מוגדר.

כפי שכבר צוין, האופי של חומרי המדיה מבחינה מהותית הוא כמעין משרד וירטואלי. כשם שהחלטה על השלמת חקירה מקיפה וכללית לאחר הגשת כתב אישום הכוללת פעולת חיפוש במשרד הפיזי של נאשם, לאחר שכבר בוצעה בשלב החקירה פעולת חיפוש במשרד, ללא טעם קונקרטי ברור ומובהק המצדיק אותה, משקפת בחירה באמצעי שלא ניתן להגדירו ככזה שפגיעתו פחותה, כך איני רואה באותה החלטה ממש, בנסיבות בהן מוחזק המשרד הוירטואלי אצל רשויות האכיפה במעמד של חומר שנאסף, משום בחירה באמצעי שפגיעתו היא פחותה.

40. המאשימה אמנם טוענת שההגנה כבר עשתה שימוש בחומרים מבין אלה שנמסרו לה לבקשתה ושנוצרת אי סימטריה הנובעת מהעובדה שכל נאשם קיבל את חומריו, ואולם טענות אלה אינן הופכות את אמצעי החקירה החוזרת הכוללת לאמצעי שפגיעתו פחותה. זאת, משום שחומרי המדיה של הנאשמים נמסרו לכל נאשם כחלק מזכויותיו הקנייניות המוכרות, ולא כחומרי חקירה, והם לא מצויים בידיעת הנאשמים האחרים. אכן, כל אחד מהנאשמים יכול לעשות שימוש בחומרים אלה, ויתכן שהשימוש שיעשה יועיל גם לחבריו הנאשמים, ואולם נתון זה כשלעצמו לא יכול להצדיק פעולה רחבת היקף וגורפת, כפי שנעשית, בדרך של עריכת חקירה חוזרת בחומרי המדיה.

לעניין טענת חוסר הסימטריה, ראשית, נקודת המוצא היא שההליך הפלילי בכללותו אינו סימטרי דווקא מבחינת כוחותיה המוגברים של המאשימה ולא להיפך. שנית, מקובלת עליי טענת ההגנה שהמאשימה בהתנהלותה המתוארת לעיל היא שהביאה על עצמה את חוסר הסימטריה. שלישית, באופן מעשי בכל עת שנעשית פעולת מיון וחומר הגלם מוחזר לנאשם (פיזית או רעיונית) נוצרת אפשרות לאי סימטריה, כשכלל החומרים בידי הנאשם ואילו ברשות המאשימה רק תוצרי המדיה. ואחרון, אם וככל ששימוש במי מהחומרים האמורים, או הצגת חומרים אחרים שברשות הנאשמים, יביא לשינוי נסיבות לא צפוי, תהא המאשימה רשאית לשקול את צעדיה ולפעול באופנים העומדים לרשותה על פי דין, כשחזקה עליה שתקפיד במקרה כזה לפעול רק בהתאם לסמכויותיה ותקפיד על קלה כחמורה.

41. המאשימה מוסיפה וטוענת שביחס בין תועלת לנזק, הנזק אליו מתייחסת ההגנה הוא עתידי, ערטילאי ולא ידוע, כשיתכן שיש בחומרי המדיה ראיות לטובת ההגנה. בהתייחס לנזק, הרי שההנחיה עצמה מגדירה את האינטרס המוגן של נאשם בעת ניהול ההליך, ומניחה שככלל, כל פגיעה באינטרס זה גורמת קושי ונזק. מעבר לכך, מקובלת עליי טענת ההגנה, לפיה משלא הצביעה המאשימה על התועלת, החשיבות והחיוניות בפעולה, כשעסקין בהנחיה שנועדה להסדיר סיטואציה חריגה בהגדרתה, וכשההנחיה גופה מגדירה נזק טבוע בעצם ביצוע השלמות חקירה לאחר הגשת כתב אישום, הרי שביחס של תועלת מול נזק ידו של האחרון על העליונה, כשגם פגיעה קלה בזכויות הנאשמים מצביעה על חוסר יחס סביר בין התועלת לבין הפגיעה.

בהליך שלפניי איני סבורה כי הפגיעה היא קלה, בהתחשב בעיתוי של ההליך, בחשיפת קווי ההגנה, בהיקף הנרחב של השלמת החקירה ובעיכוב המשמעותי בקידום ההליך. בהיבט האחרון, אציין כי המהלך של השלמת החקירה אמור היה לכלול לאחר השלמת המיון של תוצרי המדיה על ידי רשויות החקירה ועל ידי המאשימה, והעברת התוצרים הנוספים



להגנה, תקופת למידה של התוצרים החדשים, שעשויה הייתה להיות ממושכת, בין היתר בהתחשב בכמות התוצרים הנוספים ובאופיים, ולאחריה יש להניח שהיו מתקיימים הליכים בין הצדדים במישרין או בפניה לביהמ"ש בקשר למחלוקות ביחס לאופן הגדרת הרלוונטיות של התוצרים. מדובר היה בנסיבות כאלה בעיכוב צפוי לא קצר שמשכו המדויק אינו ידוע.

מידתיות - סיכום ביניים

42. לאור התכלית המצומצמת שהוגדרה בהנחיית פרקליט המדינה, תכלית שלא נוכחתי שהמאשימה הגבילה את עצמה בהתאם אליה, לאור אופי הזכות הנפגעת מהחלטת הרשות ומעמד הזכות, לאור הטענות הפרטניות של ההגנה ביחס להיעדר מידתיות בהחלטה, הגעתי למסקנה שההגנה הניחה את התשתית הראייתית הנדרשת לטיעוניה, באופן המעביר את נטל הראיה וההסבר לכתפי הרשות. המאשימה מצידה, לא עמדה בנטל להראות שהאמצעי שבחרה, בהתחשב בכלל הנסיבות, הוא אמצעי מתאים, שפגיעתו בנאשמים היא הפחותה בנסיבות העניין, ושייחס בין התועלת מביצוע השלמת חקירה ובין הנזק מביצועה, גוברת התועלת. לפיכך, שוכנעתי כי החלטת המאשימה על ביצוע השלמת חקירה אינה מידתית ומצדיקה התערבות שיפוטית.

הסעד

42. לטענת ההגנה, ביצוע פעולת השלמת החקירה לאחר הגשת כתב האישום בסטייה מההנחיות, כמו גם קבלת החלטה שאינה עומדת במבחני המידתיות, מצדיקים סעד של הגבלת הרשות מביצוע הפעולה המנהלית.

המאשימה טוענת לקיומם של מסלולים חלופיים בשלבים אחרים של ההליך, שיש לעשות בהם שימוש, ומדגישה כי סעד של ביטול השלמת חקירה הוא סעד דרסטי שאין מקום לעשות בו שימוש.

43. בהקשרו של הסעד המתאים בנסיבות העניין, לקחתי בחשבון את ההבחנה הלגיטימית והברורה של ההגנה בין הטענות המנהליות שהציגה, לבין טענות אחרות שניתן להציג. בפרקים קודמים ציינתי כי זכותה של ההגנה לבחור בעילה המנהלית, ולא קיבלתי את עמדת המאשימה שיש להגביל את ההגנה בטיעוניה. כפי שציינתי העילות הן שונות, תכליתן שונה, עיתוי הצגתן בפני ביהמ"ש שונה, והסעדים, חלקם דומים וחלקם שונים. משכך, בכפוף להוכחת הטענות המנהליות במידה הנדרשת, אין טעם ענייני המצדיק להגביל את הסעדים המנהליים לסעדים מסוימים בלבד, היינו לסעדים הניתנים במסלולי הטיעון האחרים.

בנוסף, בהליך שלפניי הפעולה המנהלית מצויה בעיצומה, והעתירה היא לבטלה ולעצור אותה מן הטעמים שפורטו, וזאת ללא קשר לתוצרי ההשלמה. בהקשר האחרון אעיר שבהלכת יששכרוב סקר ביהמ"ש מודלים שונים מניעתיים ומתקנים להתמודד עם התנהלות הרשויות שיש בה פגיעה נטענת בזכויות (סעיף 55 ואילך), והעיר בין היתר שאין טעם לתת סעד, ואף לא יכולת אופרטיבית לתת סעד, ביחס לפעולה עצמה אם וככל שהיא הושלמה טרם הדיון (סעיף 60).



ההליך שלפניי נבדל מאותה סיטואציה, בכך שטענות ההגנה להתנהלות מוקשית בהקשר של חומרי המדיה, נטענו עוד לפני קבלת ההחלטה המנהלית על ביצוע השלמת חקירה, ומיד כשהתקבלה ההחלטה המנהלית והחלה פעולת השלמת החקירה, מוקדו הטענות במישור הביקורת המנהלית. לפיכך, הסעד המבוקש הוא ביחס לפעולה, שלא רק שאינה מוגמרת, אלא שאף ההחלטה המנהלית לבצעה התקבלה תוך כדי ההליך שלפניי.

הגם שהצדדים לא התייחסו לתורת הבטלות היחסית, שקלתי אם יש תוצאה יחסית אחרת, מלבד התערבות בהחלטת הרשות לבצע את השלמת החקירה, שתעניק את הסעד המתאים לנסיבות שפורטו בהרחבה לעיל.

בהקשר של הטענות המנהליות הנוגעות לפעולה של השלמת חקירה, קשת הסעדים מוגבלת, שכן הסעדים קשורים כולם לפעולה המנהלית עצמה. בנסיבותיו של ההליך הנוכחי, אין לביהמ"ש כלים ליתן סעדים חלקיים או מוגבלים בהקשר של הפעולה המנהלית, ואף לא הוצגו בפניו נתונים המאפשרים לשקול מתן סעד חלקי, וזאת מבלי שמובעת עמדה בשאלת ההצדקה ליתן סעד מוגבל בנסיבותיו של ההליך שלפניי, כך שההכרעה היא בין הכל או לא כלום. בנסיבות שפורטו אין הצדקה לקבל את עמדת הנאשמים, אך לא להעניק להם כל סעד.

בהתייחס לטענה שהסעד המבוקש הוא דרסטי, אציין כי אמנם אין מדובר בסעד מינורי ומצומצם, עם זאת, ברמה המשפטית, הסעד המבוקש קל בהרבה מהסעד של ביטול כתב האישום שמתבקש במסגרת טענת הגנה מן הצדק, ומבלי שאני קובעת מסמרות, שכן כל הצדדים הצהירו על שמירת זכויותיהם, יש אפשרות ממשית שהסעד הנוכחי ימצה את הנושא בצורה כוללת מבחינת ביהמ"ש.

לעניין השקעת משאבים בפעולת השלמת החקירה, כפי שצינתי המאשימה בחרה באופן מודע להשקיע משאבים בפעולה שתלויה ועומדת עתירה למנוע אותה, על כל המשתמע מכך.

בסופו של דבר, על יסוד מכלול הנסיבות שפורטו, הגעתי למסקנה כי אין הצדקה לדרוש מההגנה להגביל את טענותיה לעילות מסוימות או לעיתוי נדחה, כי ההגנה הוכיחה את העילות המנהליות במידה הנדרשת ויש מקום להעניק סעד לנאשמים, כי לא קיים סעד מתאים אחר שראוי לעשות בו שימוש, וכי יש הצדקה להתערבות שיפוטית בדרך של ביטול פעולת השלמת החקירה.

סוף דבר

אשר על כן, עתירת ההגנה מתקבלת, ואני מורה על ביטול פעולת השלמת החקירה המבוצעת בחומרי המדיה.

מובהר כי אין בהחלטתי זו כדי להביע עמדה שכל השלמת חקירה בהליך זה, בכל היקף ובכל סיטואציה, היא אסורה, וההחלטה שניתנה קשורה בטבורה למכלול הנסיבות שפורטו בה.



לאור ההחלטה, אין עוד אילוץ בעטיו נדרשת הפסקת שמיעת הראיות.

לפיכך, יתחדשו דיוני ההוכחות ביום 14.5.18.

ההחלטה תשלח לצדדים בפקס.

ניתנה היום, כ"ד אייר תשע"ח, 09 מאי 2018, בהעדר הצדדים.